

## **Arzthaftung – Widersprüche zwischen dem Gerichtsgutachten und einem Privatgutachten oder der Aussage eines sachverständigen Zeugen (§ 362 Abs 2 ZPO)**

1. Ein dem Arzt anzulastendes Fehlverhalten bei Behandlung eines Patienten liegt dann vor, wenn er nicht nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung vorgegangen ist oder die übliche Sorgfalt eines ordentlichen, pflichtgetreuen Durchschnittsarztes in der konkreten Situation vernachlässigt hat. Der Patient hat aus dem Behandlungsvertrag Anspruch auf Anwendung der nach dem Stand der Wissenschaft zu fordernden sichersten Maßnahmen zur möglichen Ausschaltung oder Einschränkung bekannter Operationsgefahren.
2. Nach § 362 Abs 2 ZPO kann das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag eine neuerliche Begutachtung anordnen, wenn sich das abgegebene Gutachten als ungenügend erweist, von mehreren Sachverständigen widersprechende Ansichten geäußert werden oder ein Sachverständiger erst aufgrund seines Gutachtens mit Erfolg abgelehnt wurde. Das Gericht hat daher von Amts wegen auf die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit von Sachverständigengutachten hinzuwirken. Die neuerliche Begutachtung kann durch dieselben oder durch andere Sachverständige stattfinden.
3. Widersprüche zwischen dem Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen und einem Privatgutachten oder den Aussagen sachverständiger Zeugen sind im Sinne der der ZPO immanenten Forderung nach einer erschöpfenden Erörterung des Sachvorbringens der Parteien aufzuklären. Zur Ausräumung solcher Widersprüche ist eine neuerliche Begutachtung erforderlich.

#### 4. Die Auffassung, das Gericht sei nicht verpflichtet, solche Widersprüche aufzuklären, sondern könne sich vielmehr ohne weitere Erhebungen dem ihm überzeugend erscheinenden Gutachten des Gerichtssachverständigen anschließen, widerspricht der ZPO.

OLG Innsbruck vom 16. Juni 2009, 1 R 111/09x

In seiner Mängelrüge macht der Berufungswerber geltend, das erstinstanzliche Verfahren leide deshalb an einem wesentlichen Verfahrensmangel, weil das erkennende Gericht den vom Kläger in der Streitverhandlung am 11. 12. 2008 gestellten Antrag auf Einholung eines Gutachtens eines anderen medizinischen Sachverständigen abgewiesen habe. Den diesbezüglichen Ausführungen im Urteil sei entgegenzuhalten, dass das Gutachten des Sachverständigen Dr. N. N. in sich nicht schlüssig und mit den Aussagen der sachverständigen Zeugen nicht in Einklang zu bringen sei. Dr. O. und Dr. D. hätten immerhin den Kläger unmittelbar behandelt und somit zeitnahe unmittelbare Angaben machen können, wie sie dem Sachverständigen nachfolgend gar nicht mehr möglich gewesen wären. Insbesondere hätten beide Zeugen bestätigt, dass der Nagelüberstand beträchtlich größer gewesen sei, als dies die nachfolgenden Vermessungen durch den Sachverständigen anhand der Röntgenbilder ergeben hätten. Die „primären“ Angaben der behandelnden Ärzte ließen sich mit den Ausführungen des Sachverständigen nicht in Einklang bringen. Der Sachverständige sei erkennbar bemüht gewesen, das Operationsergebnis des Erstoperateurs als gerade noch tolerierbar hinzustellen, er habe aber die gegenteiligen Beweisergebnisse nicht gebührend berücksichtigt. Um die aufgetretenen Widersprüche und offenkundigen Fehleinschätzungen zu beheben, wäre dem Antrag des Klägers auf Beiziehung eines zweiten Sachverständigen stattzugeben gewesen. Danach wäre das Erstgericht zu einer anderen Entscheidung, nämlich zur Klagsstattgebung gelangt.

Diesen Argumenten des Berufungswerbers kommt Be-rechtigung zu.

Ein dem Arzt anzulastendes Fehlverhalten bei der Behandlung des Patienten liegt dann vor, wenn er nicht nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung vorgegangen ist oder die übliche Sorgfalt eines ordentlichen, pflichtgetreuen Durchschnittsarztes in der konkreten Situation vernachlässigt hat (*Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1299 Rz 25; SZ 62/53 uva). Die Behandlung muss also entsprechend den Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft und den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen. Dabei hat der Patient aus dem Behandlungsvertrag Anspruch auf Anwendung der nach dem Stand der Wissenschaft zu fordernden sichersten Maßnahmen zur möglichen Ausschaltung oder Einschränkung bekannter Operationsgefahren (SZ 62/125; RIS-Justiz RS0026368).

Der Kläger hat nach der mündlichen Gutachtensergänzung in der Tagsatzung vom 11. 12. 2008 die Einholung eines (weiteren) Gutachtens durch einen anderen medizinischen

Sachverständigen als Dr. N. N. beantragt, dies einerseits, da die medizinischen Diskrepanzen zwischen seinen Angaben und den Angaben der anderen Mediziner, insbesondere des Zeugen Dr. D., nicht gänzlich aufgeklärt worden und andererseits dem Sachverständigen bei der Gutachtenserörterung nicht sämtliche Unterlagen vorgelegen seien.

Nach § 362 Abs 2 ZPO kann das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag die neuerliche Begutachtung anordnen, wenn

- sich das abgegebene Gutachten als ungenügend erweist,
- von mehreren Sachverständigen widersprüchliche Ansichten geäußert wurden oder
- ein Sachverständiger erst aufgrund seines Gutachtens mit Erfolg abgelehnt wurde.

Die beiden ersten Tatbestände verweisen auf die Verpflichtung des Gerichts, von Amts wegen auf die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit von Sachverständigengutachten hinzuwirken (JBI 1995, 320). Die neuerliche Begutachtung kann nach § 362 Abs 2 ZPO durch dieselben oder durch andere Sachverständige stattfinden.

Hierbei ist die Frage von praktischer Relevanz, wie bei Widersprüchen zwischen einem Privatgutachten oder Aussagen sachverständiger Zeugen und dem Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen vorzugehen sei. Die Auffassung, das Gericht sei nicht verpflichtet, solche Widersprüche aufzuklären, sondern könne sich vielmehr ohne weitere Erhebungen dem ihm überzeugend erscheinenden Gutachten des Gerichtssachverständigen anschließen, widerspricht der der österreichischen ZPO immanenten Forderung nach einer erschöpfenden Erörterung des Sachvorbringens der Parteien. Solche Widersprüche sollten im Sinne einer erschöpfenden Erörterung aufgeklärt werden (*Rechberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> III, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 13; *Rechberger in Rechberger*, ZPO<sup>3</sup>, Vor § 351 Rz 8). Unter Zugrundelegung dieser Rechtsansicht und der oben dargelegten Rechtsgrundsätze ist zur Ausräumung der aufgetretenen Widersprüche tatsächlich eine neuerliche Begutachtung erforderlich. Der gravierendste Widerspruch ist dabei die Länge, mit welcher der ursprünglich implantierte Nagel das Knochenniveau an der Insertionsstelle überragt hat, wobei dieser Überstand von entscheidender rechtlicher Relevanz ist. Der Operateur anlässlich der Umnagelung am 7. 7. 2004 Dr. D. hat hierzu in seinem Operationsbericht unter dem Punkt „OP-Indikation“ Folgendes festgehalten: „Der ursprünglich implantierte UTN überragt das Knochenniveau an der Insertionsstelle um 3 cm und führt dadurch zur mechanischen Bewegungseinschränkung im linken Kniegelenk. Es wurde auch ein um 3 cm kürzerer Nagel implantiert.“ Gleiches lässt sich auch seiner Zeugenaussage entnehmen. Sinngemäß die gleichen Aussagen hat Dr. O. gemacht, der die Dynamisierungsoperation vom Juni 2004 durchgeführt hat. Dagegen ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen der

vom Erstgericht festgestellte Überstand von zirka 7 mm, weshalb diesbezüglich von einem gravierenden Widerspruch ausgegangen werden muss. Es fällt auch auf, dass der Sachverständige anlässlich der mündlichen Gutachtensergänzung in der Tagsatzung vom 11. 12. 2008 immer wieder die subjektive Meinung des Erstoperateurs Dr. H. G. wiedergibt (er war der Meinung, dass sich das ausgeht, für ihn war das ausreichend, er hat in keiner Weise mutwillig gehandelt), welche Vorgangsweise aber einem objektiven Befund und Gutachten zuwiderläuft.

Die vom Erstrichter in seinem Urteil vertretene Ansicht, dass von der Einholung eines weiteren Sachverständigen-gutachtens durch einen anderen medizinischen Sachverständigen Abstand zu nehmen gewesen sei, zumal das Gutachten des Sachverständigen Dr. N. N. in sich schlüssig und nachvollziehbar sei und für das erkennende Gericht keinerlei Anhaltspunkte hervorgekommen seien, welche zur Klärung der relevanten Fragen ein Gutachten eines anderen Sachverständigen aus demselben Fachbereich erforderlich gemacht hätten, wird somit vom Berufungsgericht nicht geteilt. Der behauptete Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO ist daher zu bejahen, wobei er abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern.

Es war daher das Urteil aufzuheben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung im oben dargestellten Sinne aufzutragen.